

Les notes de cette chronique peuvent être citées de la façon suivante : GPL + date de la parution + identifiant unique (numéro de type GPL425c1 indiqué à la fin de chaque note, permettant de retrouver directement l'article via un moteur de recherche ou sur www.labase-lextenso.fr). Ex.: GPL 10 oct. 2023, n° GPL425c1.

Chronique de jurisprudence de droit de l'arbitrage GPL462i0

Par

Lilian LARRIBÈRE
Maître de conférences
en droit privé et sciences
criminelles à l'école de
droit de la Sorbonne
(Paris 1)

L'essentiel

La présente chronique couvre la période allant de septembre 2023 à la fin mars 2024. On notera que la Cour de justice de l'Union européenne s'est intéressée dans deux arrêts, certes d'une manière différente, aux rapports entre droit de l'arbitrage et droit des aides d'État.

Sur le plan français, outre la décision du Conseil d'État venant rappeler que joue devant le juge administratif un principe d'inarbitrabilité des litiges concernant des personnes publiques françaises, deux décisions intéressantes ont été rendues à propos de l'opposabilité de la convention d'arbitrage. Ces deux décisions nous semblent des exemples d'un mouvement plus général : la convention d'arbitrage semble parfois dotée d'un effet erga omnes, dont les contours mériteraient d'être interrogés plus avant.

PLAN

I. LE CONTENTIEUX PRÉ-ARBITRAL p. 1	III. LE CONTENTIEUX PARA-ARBITRAL p. 9
A. L'effet négatif du principe de compétence-compétence..... p. 1	A. Généralités p. 9
B. Le juge d'appui p. 5	B. La responsabilité des acteurs de l'arbitrage p. 10
II. LE CONTENTIEUX POST-ARBITRAL p. 6	C. L'exécution de la sentence arbitrale (néant)
A. Généralités p. 6	IV. L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT ... (néant)
B. La compétence du tribunal arbitral. (néant)	

I. LE CONTENTIEUX PRÉ-ARBITRAL

A. L'effet négatif du principe de compétence-compétence

L'opposabilité illimitée de la convention d'arbitrage dans une chaîne de contrats GPL462y5

L'essentiel Une convention d'arbitrage n'est pas manifestement inapplicable dans les relations entre l'ensemble des parties liées par des contrats translatifs de propriété.

Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2024, n° 22-19385, F-D (rejet pourvoi c/ CA Colmar, 25 mai 2022) : Dalloz actualité, 21 mars 2024, obs. J. Jourdan-Marques ; LEDA avr. 2024, n° DAS201w5, note P. Rousselot

Note

Un contrat de distribution de composants électroniques est conclu entre une société allemande, la société Infineon, et deux sociétés française et allemande, les sociétés Rustronik. Les sociétés Rustronik vendent ces composants à la société Asteel, une société tunisienne qui les incorpore dans des cartes d'alimentation. Et la société Asteel vend finalement ces cartes d'alimentation à la société Hager, une société française, pour être implantées dans des boîtiers électroniques. Nous sommes donc face à un cas typique de chaîne translatrice de contrats. Seul le contrat entre les sociétés Infineon et Rustronik contient une clause compromissoire. Un litige survient entre les deux derniers maillons de la chaîne, la société Hager assignant en garantie des vices cachés la société Asteel.

Celle-ci appelle alors en garantie les trois autres sociétés, qui soulèvent une exception d'arbitrage en affirmant que l'ensemble du litige relève d'un tribunal arbitral. Doit-elle être accueillie ? La clause incluse dans le contrat entre Infineon et Rustronik n'est-elle pas manifestement inapplicable, à tout le moins pour partie ?

Ce n'est pas ce que croit la Cour de cassation. Dans la mesure où l'expert judiciaire avait imputé les défaillances des cartes d'alimentation aux composants vendus, la clause n'était pas manifestement inapplicable « dans les relations entre l'ensemble des parties liées par des contrats translatifs de propriété, qu'elles aient ou non assigné le fabricant du composant défectueux ». On reconnaît la règle issue de l'arrêt *ABS* (Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2007, n° 04-20842, Alcatel Business Systems (ABS) : D. 2008, p. 180, obs. T. Clay ; D. 2007, p. 2077, note S. Bollée ; JCP G 2007, II 10118, note C. Golhen ; JCP G 2007, I 168, n° 11, obs. C. Seraglini ; Rev. crit. DIP 2007, p. 798, note F. Jault-Seseke ; Rev. arb. 2007, p. 785, note J. El Ahdab ; JDI 2007, p. 968, note C. Legros ; RTD com. 2007, p. 677, obs. É. Loquin ; Gaz. Pal. 22 nov. 2007, n° H0297, p. 6 et s., doct. F.-X. Train ; RTD civ. 2008, p. 541, obs. P. Théry) : à première analyse, l'arrêt apparaît donc très classique. Mais à l'analyse il n'en est rien. La règle issue de l'arrêt *ABS* est, en réalité, modifiée dans sa structure, et dans ses objectifs.

Dans l'arrêt *ABS*, la convention d'arbitrage ne joue que dans le cadre de l'action directe engagée par un membre de la chaîne contre le cocontractant extrême. Or ici, il n'y a pas d'action directe : le litige originaire ne concerne que les sociétés Hager et Asteel, qui ont conclu entre elles un contrat, et qui n'ont aucunement conclu de convention d'arbitrage dans leurs rapports respectifs. On ne voit pas comment cette action en garantie des vices cachés pourrait être couverte par une convention d'arbitrage. La preuve en est que si le litige s'était limité à elles deux, la convention d'arbitrage incluse dans le contrat entre Infineon et Rustronik, deux tiers au litige originaire, aurait évidemment été manifestement inapplicable. Ce n'est qu'en raison de l'appel en garantie que l'on s'interroge sur l'applicabilité de la convention d'arbitrage. Mais on ne voit pas comment cet appel pourrait la rendre applicable dans les rapports litigieux originaires. Au surplus, il en va de même dans les rapports entre la société Asteel et les sociétés Rustronik : cet appel en garantie ne peut être couvert par aucune convention d'arbitrage. Il n'en va autrement que dans les rapports entre la société Asteel et la société Infineon où la convention d'arbitrage pourrait être applicable.

L'explication de la solution nous semble tenir à deux raisons liées : la première est que la Cour décide de faire une analyse globale « du litige », plutôt que relation par relation. Mais, cette première raison ne s'explique qu'en s'articulant à une seconde : la Cour modifie les objectifs mêmes de la transmission de la convention d'arbitrage dans une chaîne de contrats, et plus largement de la jurisprudence contractualiste, qui a été définitivement fixée par un arrêt *Besse* (Cass. ass. plén., 12 juill. 1991,

n° 90-13602 : D. 1991, p. 549, note J. Ghestin ; D. 1991, Somm., p. 321, obs. J.-L. Aubert ; JCP G 1991, II 21743, note G. Viney ; Defrénois 1991, p. 1301, obs. J.-L. Aubert ; Contrats, conc. consom. 1991, n° 200, note L. Leveneur ; RTD civ. 1991, p. 750, obs. P. Jourdain), d'où elle tire son origine. Cette jurisprudence vise essentiellement à protéger le contractant extrême (ici Infineon) qui voit sa responsabilité engagée par un autre membre de la chaîne. Ce contractant extrême a souvent aménagé sa responsabilité à l'égard de son contractant par une clause limitative de responsabilité et, plus largement, des clauses relatives au litige. Pour éviter que ses prévisions ne soient déjouées, on estime, par exception à l'effet relatif des contrats, que l'action directe engagée par les membres de la chaîne contre lui est « nécessairement contractuelle », ce qui permet de leur opposer les clauses de responsabilité, et, pour ce qui nous concerne, les clauses d'arbitrage. Cela ne signifie pour autant pas classiquement que ces clauses lient ensemble tous les membres de la chaîne. S'il existe une clause de responsabilité entre A et B, et qu'un contrat est ensuite conclu entre B et C, qui ne comporte pas de clause de responsabilité, seule l'action engagée par B contre A ou l'action directe engagée par C contre A sera « couverte » par la clause de responsabilité, mais pas l'action engagée par C contre B. Or, c'est très précisément le résultat auquel risque d'aboutir la solution de la Cour de cassation : parce qu'il existe une convention d'arbitrage entre Infineon et Rustronik, et que les sociétés Astreel et Hager sont des membres de la chaîne, alors l'action entre Astreel et Hager est couverte par la convention d'arbitrage. Il ne s'agit pas de la solution classique en matière de chaîne de contrats : ce qui peut sembler être à première vue une application classique de la jurisprudence semble, à l'analyse, prendre une tout autre dimension dès lors que la convention vient jouer dans l'intégralité des rapports contractuels des membres de la chaîne translatrice.

Même s'il ne s'agit à ce stade que de juger de l'inapplicabilité manifeste de la convention, apparaît alors que l'objectif ici visé n'est pas celui de protéger la société Infineon, ce qui est l'objectif classique de la jurisprudence sur les chaînes translatrices. Pour la protéger, il suffisait de dire que le juge étatique était incompétent pour le seul appel en garantie de la société Asteel contre Infineon. L'objectif est de permettre la concentration du contentieux devant un tribunal arbitral. Autrement dit, une telle solution vise à éviter la dispersion du contentieux : la solution classique aurait conduit à affirmer que l'action en vice caché relevait du juge étatique, tandis que l'appel en garantie, dont la solution dépend du résultat de la première action, relevait du tribunal arbitral. Cette dispersion n'est pas satisfaisante ; elle n'aurait pourtant été que la conséquence de l'architecture contractuelle mise en place par les parties et des principes les mieux établis en droit des contrats. Se révèle ainsi ce qu'est devenue cette règle matérielle : non plus une règle de « transmission de la convention d'arbitrage », mais une règle de concentration du contentieux, sans égard pour la volonté des parties, et désormais détachée des logiques du droit des contrats.

Impécuniosité des parties, coûts de l'arbitrage et effet négatif du principe de compétence-compétence GPL462y6

L'essentiel La Cour de cassation confirme que l'impécuniosité du demandeur ne permet pas, à elle seule, la mise à l'écart de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Seul l'échec d'une tentative préalable d'engagement d'une procédure arbitrale est de nature à l'écartier.

Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2023, n° 22-19859, F-D (rejet pourvoi c/ CA Rennes, 3 mai 2022) : Dalloz actualité, 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP G 2023, doct. 1254, obs. L. Jandard ; Rev. arb. 2023, p. 1015, note M. de Fontmichel ; Procédures 2023, comm. 324, obs. L. Weiller

Note

Le régime de l'impécuniosité d'une partie à l'arbitrage, qui occupe maintenant depuis longtemps les juridictions françaises, fait l'objet d'un nouvel affinement par cet arrêt du 27 septembre 2023.

Récemment, la Cour de cassation a maintenu la solution de principe, issue d'un arrêt *Lola Fleurs*⁽¹⁾ de la cour d'appel de Paris, d'après laquelle l'effet négatif du principe de compétence-compétence ne saurait être mis en échec en raison de la seule impécuniosité des parties. Mais parce qu'il est susceptible de rendre impossible l'accès aux tribunaux du demandeur impécunieux – et du défendeur –, le demandeur ne pouvant payer les frais de l'arbitrage, et ne pouvant saisir les juridictions étatiques, la Cour de cassation avait sous-entendu que si une tentative préalable d'engagement d'une procédure arbitrale avait échoué, faute de remède apporté aux difficultés financières alléguées par la partie impécunieuse, l'effet négatif du principe de compétence-compétence pouvait exceptionnellement être désactivé⁽²⁾. La formule nous avait paru renvoyer aux « remèdes » élaborés par la cour d'appel de Paris pour faire face à une telle situation⁽³⁾ : les acteurs de l'arbitrage doivent faire le nécessaire pour ne pas obérer l'accès au juge de l'impécunieux. La Cour de cassation reprend la formule : « Dès lors qu'il n'était pas soutenu qu'une tentative préalable d'engagement d'une procédure arbitrale avait échoué, faute de remède apporté aux difficultés financières alléguées », l'effet négatif ne pouvait être désactivé. Les arguments du demandeur impécunieux, qui n'avait pas tenté d'engager un arbitrage, n'étaient pourtant pas dénués de pertinence pour tenter d'amender la solution. Il affirmait en effet que la cour d'appel, avant de refuser la désactivation exceptionnelle de

l'effet négatif, aurait dû s'interroger sur le coût probable de la procédure d'arbitrage, et son caractère manifestement disproportionné par rapport aux ressources du demandeur. Cette recherche est jugée « inopérante » par la Cour de cassation.

Cette analyse s'inscrit dans la droite ligne du mécanisme mis en place par les juges français. Alors que le demandeur proposait une analyse abstraite de la situation, le mécanisme jurisprudentiel français se veut concret. Abstraitemment, il n'est pas impossible que le coût probable de la procédure apparaisse disproportionné et ne préserve pas les droits du demandeur impécunieux. Mais concrètement, les acteurs de l'arbitrage, faisant face à un tel cas, doivent tenter de faire le nécessaire pour ne pas obérer l'accès au juge de l'impécunieux, c'est-à-dire diminuer concrètement les coûts abstraitement prévisibles de la procédure. L'analyse abstraite ne saurait donc avoir droit de cité en la matière sauf à remettre en cause le fonctionnement même du mécanisme mis en place : la Cour le confirme ici nettement. On pourrait d'ailleurs être tenté d'affirmer que la logique sous-jacente à l'effet négatif du principe de compétence-compétence est préservée : comme il permet à l'arbitre de se prononcer prioritairement sur sa propre compétence, la protection de l'impécunieux permet aux acteurs de l'arbitrage de se prononcer prioritairement sur les mesures à mettre en œuvre pour ne pas empêcher l'accès à un tribunal.

Vis-à-vis de l'arrêt du 28 septembre 2022, une évolution peut être notée, qui ouvre une question un peu plus large. La Cour affirme que l'invocation de l'impécuniosité n'est pas « en soi de nature à écarter la mise en œuvre des clauses compromissoires ». Si l'on a tenté de démontrer ailleurs que l'effet négatif du principe de compétence-compétence n'était pas un effet de la clause compromissoire⁽⁴⁾, cette formule se substitue à celle plus classique utilisée en 2022 selon laquelle cette impécuniosité ne saurait être vue comme de nature « à caractériser l'inapplicabilité manifeste des clauses compromissoires ». Cette évolution ouvre la question de la « sanction » susceptible d'être appliquée lorsque les acteurs de l'arbitrage n'ont précisément pas fait le nécessaire pour permettre l'accès au tribunal arbitral⁽⁵⁾. Outre la responsabilité possible de ces acteurs, la clause compromissoire n'est pas atteinte d'un vice de nullité : elle doit simplement être ponctuellement écartée. Une telle solution permet ainsi, dans le cas où l'impécunieux reviendrait à meilleure fortune, de renvoyer les parties à l'arbitrage si un litige nouveau survenait : la clause n'avait été que ponctuellement mise à l'écart pour préserver l'accès au juge. Mais ce qui avait justifié cette mise à l'écart ayant disparu, la dérogation à l'effet négatif ne devrait pas être maintenue. La dérogation à l'effet négatif du principe de compétence-compétence ne saurait ainsi être qu'exceptionnelle, spécialement justifiée, et temporellement bornée.

(1) CA Paris, 26 févr. 2013, n° 12/12953, *Lola Fleurs* : Rev. arb. 2013, p. 746, note E-X. Train ; CAPJIA 2013, p. 479, note A. Pinna ; D. 2013, p. 2936, obs. T. Clay ; Bull. ASA 2013, p. 900, note C. Dupeyron et F. Poloni ; LPA 27 janv. 2014, p. 9, obs. M. de Fontmichel.

(2) Cass. 1^{re} civ., 28 sept. 2022, n° 21-21738 : Dalloz actualité, 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2022, p. 2022, note N. Dissaux ; D. 2022, p. 2330, obs. T. Clay ; RTD com. 2023, p. 571, obs. E. Loquin ; Procédures 2022, comm. 249, obs. L. Weiller ; RLDA 2023/188, n° 7631, note J. Clavel-Thoraval ; JCP G 2023, doct. 221, obs. L. Jandard ; Rev. arb. 2023, p. 157, note P. Giraud ; GPL 8 nov. 2022, n° GPL441z0, obs. L. Larrivière.

(3) CA Paris, 30 juin 2021, n° 21/02568, Carrefour Proximité France : Dalloz actualité, 4 févr. 2022, obs. J. Jourdan-Marques.

(4) L. Larrivière, « Quatre effets pour une convention d'arbitrage », D. 2024, p. 558.

(5) Sur quoi, v. aussi, M. de Fontmichel, note ss cet arrêt, Rev. arb. 2023, p. 1015 ; J. Jourdan-Marques, obs. ss cet arrêt, Dalloz actualité, 13 nov. 2022.

Effet négatif, date de saisine du tribunal arbitral et qualification de la convention GPL462y7

L'essentiel Deux questions inédites ont été posées aux juridictions françaises s'agissant de l'effet négatif du principe de compétence-compétence : quel contrôle le juge étatique doit-il exercer lorsque l'arbitre a déjà rendu sa sentence lorsqu'il statue sur le jeu de cet effet ? L'effet négatif peut-il jouer en cas de doute sur la qualification de la convention ?

Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2023, n° 22-23935, F-D (rejet pourvoi c/ CA Paris, 30 nov. 2022) – CA Orléans, 16 nov. 2023, n° 23/00696 : Dalloz actualité, 12 janv. 2024, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Dans ces deux décisions, d'une importance certes modeste, les juridictions viennent s'interroger sur deux problèmes inédits à notre connaissance : à quelle date doit-on apprécier les conditions de l'effet négatif du principe de compétence-compétence ? L'effet négatif du principe de compétence-compétence peut-il jouer alors même que la qualification de la clause peut être discutée ?

Dans la décision de la Cour de cassation du 20 décembre 2023, la première chambre civile vient répondre à la première question d'une manière relativement absconse, sûrement car le problème aurait pu être autrement posé (sur quoi, v. déjà J. Jourdan-Marques, obs. sous cet arrêt, Dalloz actualité, 12 janv. 2024). Dans cette affaire, le tribunal arbitral avait été saisi antérieurement au tribunal français et avait rendu sa sentence finale avant même que le tribunal étatique ne se prononce sur le jeu de l'effet négatif. Autrement dit, le tribunal arbitral semblait être dessaisi du contentieux au moment où le tribunal étatique se prononçait sur l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Or, on sait que l'article 1448 du Code de procédure civile distingue deux situations : si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, le juge français peut refuser le jeu de l'effet négatif si la convention est manifestement nulle ou inapplicable. Mais si le tribunal arbitral est déjà saisi, le juge français doit se déclarer incompétent, sans contrôler la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause. *Quid* lorsque le tribunal arbitral, saisi en premier, a déjà rendu sa décision ? La Cour de cassation apporte une réponse déjà qualifiée de peu claire : « Il résulte de l'article 1448 du Code de procédure civile que la convention d'arbitrage ne peut être regardée comme manifestement nulle ou manifestement inapplicable par le juge étatique lorsque celui-ci, saisi alors que la procédure arbitrale était en cours, statue après que le tribunal arbitral a rendu sa sentence définitive » (J. Jourdan-Marques, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2023, n° 22-23935 : Dalloz actualité, 12 janv. 2024). On a l'impression d'une confusion entre les deux situations distinguées par l'article 1448 du Code de procédure civile : la vérification du caractère manifestement nulle ou inapplicable de la convention d'arbitrage pourrait être opérée, mais la clause ne serait pas manifestement nulle ou inapplicable lorsque le juge étatique statue après que le tribunal a rendu sa sentence. Une autre lecture de l'attendu pourrait être faite cela dit : « ne peut être regardée » peut aussi signifier que ce contrôle ne peut être fait. Mais indépendamment de ces considérations, il nous semble que la question était mal posée. Si la sentence a

été rendue par le tribunal arbitral avant que le juge étatique ne statue, il n'y a plus rien à dire du principe de compétence-compétence, qui vise simplement à répartir les compétences entre juge étatique et arbitre s'agissant de la compétence de l'arbitre. Le principe de compétence-compétence ne vise qu'à répartir les compétences au stade de l'appréciation de la compétence de l'arbitre. Dès lors qu'une sentence a été rendue, les difficultés ne se situent plus au stade de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, qui n'a plus voix au chapitre, mais au stade de la reconnaissance de la sentence. À ce stade, le contrôle de la compétence est plein : si l'arbitre s'est retenu à tort compétent ou incompétent, sa sentence doit être annulée ou sa reconnaissance refusée.

Dans l'arrêt de la cour d'appel d'Orléans du 16 novembre 2023, l'une des parties prétendait qu'une clause compromissoire devait obliger le juge saisi à se déclarer incompétent, tandis que l'autre en contestait la qualification. Devait-on s'en remettre à l'arbitre pour statuer sur cette qualification ? La cour d'appel le refuse implicitement, dans une espèce où la qualification ne faisait aucun doute, les « termes [de la clause] ne renferm[ant] aucune ambiguïté et ne nécessit[ant] donc aucune interprétation » : la clause était une simple clause obligeant à une tentative de résolution amiable du différend. Mais imaginons un cas où la qualification serait douteuse, comme dans l'affaire *Sultan de Sulu* : l'effet négatif du principe de compétence-compétence peut-il contraindre le juge à renvoyer à l'arbitre la difficulté de qualification de la clause, sans s'assurer au préalable que la convention est bien une convention d'arbitrage ? Nous ne le pensons pas. Si l'effet négatif du principe de compétence-compétence n'est pas un effet de la convention d'arbitrage à proprement parler, reste qu'il est attaché à la présence d'une convention d'arbitrage dans le litige (v. notre article, « Quatre effets pour une convention d'arbitrage », D. 2024, p. 558). Ainsi que le dit l'article 1448 du Code de procédure civile, le litige doit relever d'une convention d'arbitrage, ce qui présuppose que la convention soit bel et bien une convention d'arbitrage, dont la qualification est indiscutable. La qualification est ainsi préalable à la mise en jeu de l'effet négatif du principe de compétence-compétence : l'effet négatif ne peut s'appliquer à une qualification douteuse, la résolution de tout doute sur la qualification étant logiquement préalable au jeu de cet effet.

Reste le cas où un tribunal arbitral serait déjà saisi, avant donc que la qualification douteuse soit portée à la connaissance du juge étatique. Dans la mesure où la qualification semble là aussi préalable à l'effet négatif, la même solution semblerait valoir : le juge étatique devrait se prononcer immédiatement sur la qualification.

Il n'est cependant pas impossible de trouver des raisons légitimes de douter d'une telle analyse. On peut, en effet, croire que dès lors qu'un tribunal arbitral a été saisi, il est plus expédient, et conforme au principe de non-interférence des tribunaux étatiques qui sous-tend le principe de compétence-compétence, de laisser le tribunal arbitral rendre une sentence. Les règles de la logique juridique seraient peut-être légèrement tordues ; rien n'oblige cependant le juge à les respecter.

B. Le juge d'appui

Les pouvoirs du juge d'appui et l'excès de pouvoir GPL462y9

L'essentiel Le juge d'appui qui, dans un arbitrage interne, nomme une personne morale ne pouvant exercer les fonctions d'arbitre commet un excès de pouvoir. Sa décision peut donc être attaquée par la voie de l'appel.

Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 2024, n° 22-18630, FS-B (cassation CA St Denis de la Réunion, 6 avr. 2022) : Dalloz actualité, 12 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques

Note

C'est à une double interrogation que vient répondre la Cour de cassation : la première est d'ordre procédural et porte sur la possibilité de former un appel alors que le juge d'appui a nommé comme arbitre une personne morale dans un arbitrage interne, par une décision en principe insusceptible de recours. La seconde est d'ordre substantiel et porte sur la question de savoir quelles sont les conséquences, en droit de l'arbitrage interne, d'une telle nomination.

Pour saisir les problèmes essentiels, rappelons, d'une part, qu'en arbitrage interne – non international – seule une personne physique peut exercer les fonctions d'arbitre, aux termes de l'article 1450 du Code de procédure civile. Une personne morale, désignée dans une convention d'arbitrage, ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage. Rappelons, d'autre part, que les pouvoirs du juge d'appui sont strictement bornés, tout comme est limitée, en la matière, l'ouverture des voies de recours. Ainsi, l'article 1452 du Code de procédure civile dispose qu'en l'absence d'accord des parties, si les parties ne s'accordent pas sur la nomination d'un arbitre, la personne chargée d'organiser l'arbitrage, ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation. Le juge d'appui ne peut refuser la nomination de l'arbitre que si la convention est manifestement nulle ou inapplicable. Et, la voie de l'appel n'est ouverte contre la décision du juge d'appui que si celui-ci refuse la nomination de l'arbitre.

Or, dans cet arbitrage interne, le juge d'appui n'avait pas refusé la nomination de l'arbitre ; il avait cependant nommé une personne morale. Les voies de recours étaient donc fermées en application des textes, malgré une violation de l'article 1452 du Code de procédure civile. Lisant attentivement cet article, on s'aperçoit, en effet, qu'un juge d'appui n'a le pouvoir de nommer qu'un arbitre, et non une institution d'arbitrage. Or l'arbitre ne peut qu'être une personne physique. Nommant une personne morale, il a donc commis une erreur. Mais comment la faire sanctionner ? La Cour de cassation ouvre ici la voie d'un appel, en mobilisant une notion aux contours flous : l'excès de pouvoir [sur l'excès de pouvoir dans l'arbitrage, v. D. Foussard, « Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ? », Rev. arb. 2004, p. 803, et sur le juge d'appui, spéc. p. 817 et s., n°s 10 et s.]. Et, parce que la cour d'appel a jugé, en l'espèce, irrecevable l'appel contre la décision fautive du juge d'appui, le pourvoi en cassation, en principe fermé contre une décision de nomination d'un arbitre, se trouve

exceptionnellement ouvert, semble-t-il, pour la même raison : un excès de pouvoir commis par la cour d'appel, qui avait « méconnu l'étendue de ses pouvoirs ».

En procédure civile, l'excès de pouvoir permet exceptionnellement d'ouvrir un recours dit recours-nullité pourtant fermé – ou différé – par la loi (sur quoi, v. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^e éd., 2022, Dalloz, p. 965 et s., n°s 1277 et s.). Mais ce recours exceptionnel ne saurait sanctionner le seul mal-jugé, à telle enseigne que l'excès de pouvoir est conçu restrictivement, même s'il se laisse mal définir. Le plus souvent, il vient sanctionner l'empiètement par un juge des pouvoirs conférés à un autre juge ou une violation de la séparation des pouvoirs. La Cour de cassation voit pourtant ici un excès de pouvoir dans la seule « nomination » fautive, par le juge d'appui, d'un arbitre personne morale. Une telle analyse nous semble confirmer cette juste remarque, faite il y a déjà quelque temps, que « dans le domaine de l'arbitrage, l'excès de pouvoir à l'origine conçu comme devant intervenir aux lisières occupe en fin de compte une place de choix » (D. Foussard, « Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ? », Rev. arb. 2004, p. 822-823, n° 14). Car il ne s'agit pas ici d'un empiètement de pouvoirs, pas plus que d'une violation de la séparation des pouvoirs ; il s'agit plus simplement de la nomination, par un juge d'appui, d'une personne ne pouvant exercer la mission d'arbitre.

Cela dit, l'analyser comme un excès de pouvoir ne paraît pas tout à fait en décalage avec la jurisprudence classique. La Cour relève que le juge d'appui doit « désigner une personne physique en qualité d'arbitre sans qu'il lui soit permis de déléguer ce pouvoir à une personne morale ». La Cour analyse donc la décision du juge d'appui de nommer une personne morale comme une délégation de pouvoir : la personne morale ne pouvant être arbitre en arbitrage interne, c'est que le juge d'appui lui a délégué, en tant qu'institution d'arbitrage nommée par lui, son pouvoir de nommer un arbitre. Or, répondant à la question substantielle que nous soulevions au début de ces observations, le juge d'appui n'a pas le pouvoir de nommer une institution d'arbitrage, et ne peut pas déléguer son pouvoir de nommer un arbitre, sans quoi il commet un excès de pouvoir négatif. L'excès de pouvoir ici en cause serait ainsi d'une telle teneur.

C'est ce qu'aurait dû dire la cour d'appel en ouvrant la voie d'un appel-nullité. Mais en jugeant cet appel irrecevable, la cour d'appel a « méconnu l'étendue de ses pouvoirs » aux yeux de la Cour de cassation. L'analyse renvoie ici, à notre estime, au pouvoir juridictionnel. La cour d'appel aurait dû permettre l'appel-nullité contre la décision du juge d'appui. En ne l'ouvrant pas, c'est-à-dire en jugeant irrecevable ce recours exceptionnel, la cour d'appel semble avoir commis un second excès de pouvoir, distinct du premier. C'est lui qui semble permettre l'ouverture du recours à cassation. Cette analyse, quoique complexe, semble expliquer la formule de la Cour selon laquelle la

« cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs » en jugeant irrecevable l'appel-nullité. Il y aurait un excès de pouvoir se greffant sur un autre excès de pouvoir. Les hésitations conceptuelles que l'on peut avoir à la lecture de cet arrêt renvoient probablement aux difficultés de définition – et de conceptualisation – de l'excès de pouvoir en

procédure civile. Elles ne font que se décalquer en droit de l'arbitrage.

Si l'on peut, à notre avis, hésiter sur l'interprétation à donner à cette décision, retenons-en la substance : commet un excès de pouvoir le juge d'appui qui nomme une personne morale arbitre dans l'arbitrage interne, ce qui ouvre un appel-nullité contre sa décision.

II. LE CONTENTIEUX POST-ARBITRAL

A. Généralités

Enfin, les fins de non-recevoir issues de l'article 1466 du Code de procédure civile relèvent de la cour d'appel, non du conseiller de la mise en état GPL462z0

L'essentiel La cour d'appel est compétente pour statuer sur les fins de non-recevoir issues de l'article 1466 du Code de procédure civile.

Cass. 1^{re} civ., avis, 20 mars 2024, n° 23-70019, PB (avis sur saisine CA Paris, 19 déc. 2023)

Note

L'article 1466 du Code de procédure civile pose procéduralement au moins deux questions : si l'article affirme qu'une partie qui n'évoque pas une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir, cette sanction doit-elle procéduralement s'analyser en une fin de non-recevoir ? Et si oui, relève-t-elle de la compétence du conseiller de la mise en état ou de la formation de jugement ?

La cour d'appel de Paris y avait répondu dans un arrêt du 24 janvier 2023 (CA Paris, 24 janv. 2023, n° 22/00733 : Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; GPL 16 mai 2023, n° GPL449g7, obs. L. Larribère), mais ses réponses n'allaient pas d'elles-mêmes. C'est ce qui a probablement provoqué cette demande d'avis.

La Cour de cassation confirme que les irrecevabilités de l'article 1466 du Code de procédure civile s'analysent en des fins de non-recevoir, solution qui semble pouvoir s'étendre à toutes les irrecevabilités « du droit de l'arbitrage », telle que celle issue de l'arrêt *Tagli'apau* (Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 2022, n° 21-11253 : Dalloz actualité, 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2022, p. 358 ; D. 2022, p. 2330, obs. T. Clay ; RTD com. 2022, p. 487, obs. E. Loquin ; JCP G 2022, 553, note M. de Fontmichel ; GPL 5 avril 2022, n° GPL435e8, obs. L. Larribère ; Procédures 2022, comm. 100, obs. L. Weiller ; JCP G 2022, doct. 724,

(...)

obs. L. Jandard ; JCP E 2022, 1307, note P. Casson). La solution n'est pas incontestable, mais l'on a tendance aujourd'hui à ne pas distinguer les notions de fins de non-recevoir et d'irrecevabilité (sur cette question, en plus des références citées dans nos observations sous l'arrêt du 24 janvier 2023, v. L. Jandard, « Réflexions sur la relation entre les notions de fin de non-recevoir et d'irrecevabilité », JCP G 2023, doct. 850), alors que la fin de non-recevoir, ainsi que la Cour le rappelle, vise, en principe, à dénier tout droit d'action aux parties.

La Cour de cassation ne suit, cependant, pas la cour d'appel de Paris à propos de la seconde question. Rappelant, en se fondant sur un avis du 11 octobre 2022, que le conseiller de la mise en état n'est pas un juge d'appel mais le juge de la procédure d'appel, elle en tire la conséquence que seule la formation de jugement est compétente pour trancher ces irrecevabilités. Par analogie, les principes établis à propos de l'appel sont ainsi étendus au recours en annulation : le conseiller de la mise en état n'est compétent que pour statuer sur les défauts affectant la procédure d'annulation elle-même. Et il est vrai que ces irrecevabilités de l'article 1466 du Code de procédure civile ne viennent pas sanctionner une erreur ou une irrégularité commise lors de la procédure d'annulation ; elles viennent tirer les conséquences d'une abstention devant le tribunal arbitral pour empêcher la partie d'évoquer un moyen d'annulation devant le juge du contrôle. La procédure applicable devant la cour d'appel n'est donc en rien concernée : seul le juge du contrôle doit donc pouvoir porter son regard sur de telles fins de non-recevoir.

La portée de la décision doit être mesurée : le décret n° 2023-1391 du 29 décembre 2023 vient de retirer au conseiller de la mise en état sa compétence générale pour statuer sur les fins de non-recevoir.

L'inarbitrabilité des litiges de droit public et les principes généraux du droit GPL462z1

L'essentiel S'il n'existe aucune dérogation législative ou conventionnelle, les principes généraux du droit public interdisent aux personnes publiques françaises de se

soustraire aux règles déterminant la compétence des juridictions nationales, et partant de recourir à l'arbitrage.

CE, 7^e-2^e ch. réunies, 17 oct. 2023, n° 465761 : Lebon ; Dalloz actualité, 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques

Note

« Enterrant *Galakis* »⁽¹⁾, l'arrêt *SMAC* du Conseil d'État vient confirmer l'inarbitrabilité des litiges mettant en cause des personnes morales de droit public français⁽²⁾, et ce même si le contrat a été passé « pour les besoins du commerce international ». Renversant donc l'analyse de l'arrêt *Galakis*⁽³⁾, d'après lequel les besoins du commerce international obligeaient à refuser tout effet à l'article 2060 du Code civil, le Conseil d'État adopte la position strictement inverse : les besoins du commerce international sont impuissants à mettre à l'écart « les principes généraux du droit public français ». Ainsi que l'avait déjà dit un arrêt *Fosmax*⁽⁴⁾, l'inarbitrabilité est le principe, l'arbitrabilité l'exception, qui ne peut être prévue que par une disposition législative expresse, ou par une convention internationale. Il existe ainsi bien, en droit français, deux règles, exactement contraires et pourtant applicables à propos de la même question, l'une appliquée par le juge judiciaire à titre de règle matérielle, l'autre par le juge administratif. La contradiction se résoudra ainsi au stade de la compétence : si la compétence est donnée au juge administratif en application de la jurisprudence *Inserm/SMAC*, l'inarbitrabilité sera de principe ; si la compétence est donnée au juge judiciaire, l'arbitrabilité sera de principe. La compréhension du droit français s'agissant de la possibilité pour une personne morale de droit public français de recourir à l'arbitrage oblige ainsi à croiser deux corps de règles : d'abord, les règles de compétence, ensuite, les règles relatives à l'arbitrabilité⁽⁵⁾.

S'agissant des règles d'arbitrabilité, seules précisées dans notre arrêt du 17 octobre 2023, le Conseil d'État fait preuve de grande rigueur en affirmant que « l'exécution forcée d'une sentence arbitrale (...) ne saurait être autorisée par le juge administratif si elle est contraire à l'ordre public ». Si à ce stade, il ne s'agit pas véritablement d'une question d'exécution forcée mais de simple *exequatur*, le Conseil d'État range la question de l'arbitrabilité parmi les questions relatives à l'ordre public, non parmi celles relatives à la compétence du tribunal. Une telle analyse explique probablement que le juge administratif ait l'obligation de soulever d'office l'inarbitrabilité du litige⁽⁶⁾.

Ainsi qu'on l'a dit, le principe, inverse à celui applicable devant les juridictions judiciaires, est celui de

l'inarbitrabilité des litiges concernant des personnes publiques françaises. Le Conseil d'État le rattache non pas à l'article 2060 du Code civil, qui le prévoit pourtant explicitement, mais aux « principes généraux du droit public français » qui interdisent aux personnes publiques de se soustraire aux règles de compétence qui leur sont applicables. Si l'on sait que le Conseil d'État répugne souvent à citer des articles du Code civil pour ménager l'autonomie du droit administratif⁽⁷⁾, ranger le principe d'inarbitrabilité parmi les principes généraux du droit public pourrait signifier que la suppression, parfois prônée, de l'article 2060 ne suffirait pas à le renverser⁽⁸⁾.

Seules deux voies d'échappatoire semblent exister pour espérer faire exécuter une sentence rendue contre une personne publique française : soit tenter de démontrer que c'est le juge judiciaire qui a compétence, soit s'appuyer sur une disposition législative expresse – ou un décret pour les EPIC en raison de l'article 2060, alinéa 2 – ou conventionnelle. La première voie est étroite ; elle ne paraît pas entièrement bloquée. Ne paraissent relever du juge administratif que les sentences rendues à propos de contrats de la commande et de la domanialité publiques *exécutés sur le territoire français*. Les critères, déjà présents dans la décision *Inserm*, paraissent renvoyer au juge judiciaire les sentences rendues à propos de contrats *exécutés à l'étranger*, et à propos de contrats ne relevant pas de la commande ou de la domanialité publiques. Il n'est donc pas tout à fait impossible que le juge judiciaire soit, un jour, de nouveau saisi d'une sentence rendue contre une personne publique française. Le maintien de la jurisprudence *Galakis* démontrerait alors l'opposition frontale entre la Cour de cassation et le Conseil d'État⁽⁹⁾. La seconde voie est plus large tant les dérogations ont eu tendance à se multiplier⁽¹⁰⁾. La convention de Genève de 1961, qui stipule un principe d'arbitrabilité des litiges concernant des personnes publiques, peut ainsi être, par exemple, mobilisée par les plaideurs. Mais comme l'espèce le montre, encore faudra-t-il démontrer qu'elle s'applique au litige, c'est-à-dire que les parties au litige sont établies dans deux États contractants différents.

Ainsi que Jérémy Jourdan-Marques le relève, cette protection administrative des personnes publiques françaises soulève la difficulté tenant à l'absence de toute protection des personnes publiques étrangères. Les sentences rendues contre elles relèvent du juge judiciaire, qui a « bilatéralisé » la solution de l'arrêt *Galakis* pour affirmer que les personnes publiques étrangères ne peuvent se

(1) Nous reprenons ici le titre de la chronique de Jérémy Jourdan-Marques, Dalloz actualité, 13 nov. 2023.

(2) Sur la distinction entre inarbitrabilité et capacité des personnes publiques, v. Jérémy Jourdan-Marques, Dalloz actualité, 13 nov. 2023.

(3) Cass. 1^{er} civ., 2 mai 1966, *Galakis* : JDI 1966, p. 648, note P. Level ; Rev. crit. DIP 1967, p. 553, note B. Goldman ; D. 1966, p. 575, note J. Robert.

(4) CE, 9 nov. 2016, n° 388806, *Fosmax* : JCP G 2016, 1430, n° 3, obs. C. Seraglini ; JCP G 2017, 29, note S. Bollée ; D. 2016, p. 2589, obs. T. Clay ; CAPJIA 2016, p. 977, note M. Laazouzi et S. Lemaire ; Rev. arb. 2017, p. 179, concl. G. Pellissier et note J. Billemont ; Rev. arb. 2017, p. 254, note M. Audit et C. Broyelle ; JDI 2017, comm. 4, p. 174, note S. Manciaux.

(5) Nous avons déjà développé cette analyse, L. Larribère, *La réglementation de la convention d'arbitrage international. Étude critique et comparative en droits français et américain*, 2023, LGDJ, préf. S. Bollée, n° 589 et s.

(6) L'arrêt *Fosmax* précité avait ainsi affirmé, n° 5 : « Il appartient au Conseil d'État de s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la convention d'arbitrage ».

(7) Le Conseil d'État aurait cependant pu s'appuyer, en ce sens, sur l'article L. 432-1 du CRPA.

(8) Rappr. de B. Plessix, *Droit administratif général*, 4^e éd., 2022, LexisNexis, p. 759-760, n° 543 : « Dans un troisième cas de figure, le Conseil d'État se refuse à appliquer telle quelle une disposition contenue dans un texte ou un code de droit privé. Il considère que le juge administratif doit parfois être tenu par l'esprit mais non par la lettre d'une disposition de droit privé ; il doit se garder la liberté de retenir une solution différente de celle adoptée par le droit privé ou interprétée par le juge judiciaire, au cas où l'imposeraient les singularités du statut juridique des collectives publiques, les exigences de l'intérêt général ou les nécessités du bon fonctionnement des services publics ». Et sur ce rattachement, v. déjà CE, avis, 6 mars 1986, n° 339710, Eurodisney.

(9) S'interrogeant aussi sur le maintien de cette jurisprudence dans une telle situation, v. J. Jourdan-Marques, obs. ss cet arrêt, Dalloz actualité, 13 nov. 2023.

(10) Une liste non exhaustive est dressée à l'article L. 311-6 du Code de justice administrative.

prévaloir d'une prohibition de recourir à l'arbitrage prévue dans leur droit interne ⁽¹¹⁾. Le maintien d'une telle règle matérielle aurait ainsi pour conséquence que les personnes publiques françaises se verraient partiellement protégées par une règle de compétence juridictionnelle et une règle d'inarbitrabilité, tandis que les personnes publiques étrangères se verraient dénier toute protection.

(11) En particulier dans l'arrêt *Gatoil*, CA Paris, 17 déc. 1991 : Rev. arb. 1993, p. 281, note H. Synvet.

Rappelons que ces règles d'inarbitrabilité étrangères se trouvent parfois dans les constitutions mêmes des États, dont notre règle matérielle décide de ne pas tenir compte, tandis que notre juge administratif excipe des « principes généraux du droit public » dans la même finalité. Il n'est pas impossible de s'interroger sur la pérennité de la règle matérielle *Galakis* à cet égard.

L'étendue « *ratione personae* » de la convention d'arbitrage en question GPL462z2

L'essentiel La cour d'appel estime opposable au dirigeant social une convention d'arbitrage incluse dans le contrat signé par sa société, car il s'était personnellement engagé à respecter la réglementation compliance par un acte intégré dans le contrat.

CA Paris, 5-16, 12 déc. 2023, n° 22/15255 : Dalloz actualité, 12 janv. 2024, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Depuis quelques mois, il nous semble voir apparaître une sorte de « convention d'arbitrage à effet *erga omnes* ». La convention d'arbitrage serait opposable même à des personnes qui n'y ont pas consenti pour la seule raison que le litige les concernerait de près ou de loin. Comme l'a relevé Jérémy Jourdan-Marques, il semble aujourd'hui manquer une théorie de l'opposabilité de la convention d'arbitrage. Non parce qu'on n'aurait pas encore tenté de la bâtir, mais plutôt parce que son opposabilité actuelle mériterait d'être repensée sur le plan théorique.

Dans cette affaire, la société Airbus et une autre société concluent un contrat de prestation de services comportant une clause d'arbitrage. Le dirigeant de la société signe par ailleurs un « engagement personnel » (ci-après « l'engagement ») de se conformer à la réglementation compliance. D'après le contrat signé entre les deux sociétés, cet engagement est intégré au contrat. La convention d'arbitrage s'applique-t-elle au dirigeant ? La cour d'appel répond positivement à la question. Si l'on peut comprendre la solution, on peine à expliquer le raisonnement suivi par la décision si l'on se fonde sur la théorie classique de l'opposabilité.

Le dirigeant plaidait n'être pas personnellement partie à l'engagement conclu, se réfugiant derrière sa qualité de représentant légal de sa société. On aurait alors pu mobiliser la théorie de l'extension de la convention, pour l'étendre à un « non-signataire ». Ce n'est pas l'analyse de la cour. Elle affirme qu'il ne s'est pas engagé en qualité de représentant légal, mais en son nom propre, puisque seul son nom apparaît à la fin du document, sans la mention du titre « au nom du prestataire ». Il est donc personnellement partie à cet engagement. Soit. Mais, la cour d'appel ajoute alors que, dans la mesure où cet engagement fait partie du contrat, le dirigeant se trouve tenu par la convention d'arbitrage qui y est incluse. Le raisonnement

est étonnant. Comme Jérémy Jourdan-Marques l'observe là aussi, la clause d'intégralité qui intègre l'engagement dans le contrat contenant la convention d'arbitrage se trouve dans le contrat entre la société Airbus et la société prestataire de services, auquel le dirigeant n'est pas partie : il n'est partie qu'à l'engagement. En sorte que cette clause d'intégralité ne peut produire aucun effet à l'égard du dirigeant. À son égard donc, il apparaît difficile de dire que l'engagement qu'il a conclu est intégré dans le contrat, et que partant la convention d'arbitrage qui y est incluse s'applique aussi à lui. Au surplus, la cour affirme que la clause est « opposable [au dirigeant] en tant que partie intervenante au contrat ». La formule suscite le questionnement pour deux raisons : d'abord, si, à suivre la cour, le dirigeant est partie à la convention d'arbitrage, la question n'est pas tellement celle de son opposabilité. Le terme « opposabilité » est, le plus souvent, réservé aux tiers : on dit ainsi le contrat opposable aux tiers. Mais entre les parties, le contrat s'applique. Il est vrai que la distinction n'est pas toujours si ferme. Ensuite, l'expression « partie intervenante » est peu claire : elle semble traduire une hésitation de la cour à affirmer, plus simplement, que le dirigeant est partie au contrat, peut-être parce qu'il ne l'était juridiquement pas. C'est sûrement pourquoi, pour asseoir son raisonnement, la cour mobilise, *in fine*, la théorie de l'extension : le dirigeant était « au surplus directement impliqué dans [l']exécution [du contrat] ». C'est exact : dirigeant et associé à 100 % de la société, il était directement impliqué dans l'exécution de la prestation de services. Mais lui étendre ainsi la clause fait fi de la protection offerte en principe par la personnalité morale : la société unipersonnelle permet précisément au dirigeant associé à 100 % de se réfugier derrière la personne morale en imputant directement sur la tête de cette dernière les droits et obligations créés. C'est pourquoi, dans un arrêt du 6 décembre 2022, la cour d'appel de Paris avait jugé qu'une clause compromissoire ne pouvait être étendue à un non-signataire que s'il a adopté un comportement duquel peut s'inférer son consentement à la convention d'arbitrage [CA Paris, 6 déc. 2022, n° 21/11615 : Dalloz actualité, 14 mars 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; GPL 16 mai 2023, n° GPL449g4, obs. L. Larrivière]. L'arrêt avait pu être lu comme rehaussant les standards permettant l'extension de la convention d'arbitrage. On peut douter en lisant celui du 12 décembre 2023 que cette question soit tout à fait stabilisée en jurisprudence.

III. LE CONTENTIEUX PARA-ARBITRAL

A. Généralités

La Cour de justice de l'Union européenne, le droit des aides d'État et les sentences arbitrales GPL462z3

L'essentiel **La Cour de justice de l'Union européenne vient exclure du régime des aides d'État les sentences rendues à la suite d'un « accord spécifique reflétant l'autonomie de la volonté des parties », tout en condamnant le Royaume-Uni pour avoir accepté d'exécuter la sentence rendue dans l'affaire *Micula*.**

CJUE, 22 févr. 2024, n° C-701/21 et C-739/21 : consultable sur <https://lext.so/hYZLa6> – CJUE, 14 mars 2024, n° C-516/22 : Dalloz actualité, 21 mars 2024, obs. J. Jourdan-Marques ; consultable sur <https://lext.so/mE9Ccg>

Note

Depuis l'affaire *Micula*, on croyait savoir qu'une sentence arbitrale pouvait constituer une aide d'État prohibée par le droit de l'Union européenne. Le premier arrêt *Mytilinaios* vient jeter le trouble sur cette lecture, tout en immunisant de cette qualification les sentences rendues à la suite d'un « accord spécifique reflétant l'autonomie de la volonté des parties ». Le second arrêt *Commission c/ Royaume-Uni* vient, cependant, condamner cet État pour avoir, par la voie de sa Cour suprême, accepté de reconnaître la sentence rendue dans l'affaire *Micula* alors que la procédure tendant, au niveau européen, à reconnaître que cette sentence violait les traités européens était toujours pendante.

L'affaire *Mytilinaios* vient ainsi consolider la distinction, déjà largement repérée (bien que plutôt fondée sur la distinction entre arbitrage commercial et arbitrage d'investissement, v. notamment, C. Debourg, « La portée de la jurisprudence *Achmea/PL Holdings* : exclusion de l'arbitrage commercial », Rev. arb. 2023, p. 633), entre ce que la Cour de justice de l'Union européenne nomme un « tribunal arbitral conventionnel », c'est-à-dire un tribunal fondé sur un accord de volontés spécifique des parties, et un tribunal constitué sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement (n° 109). Pour la Cour, ce dernier « ne trouve pas son origine dans un accord spécifique reflétant l'autonomie de la volonté des parties mais résulte d'un traité conclu entre deux États membres, dans le cadre duquel ceux-ci ont, de manière générale et par avance, consenti à soustraire à la compétence de leurs propres juridictions des litiges pouvant porter sur l'interprétation ou l'application du droit de l'Union ». Une telle analyse ne saurait entièrement convaincre, ainsi que cela a déjà été maintes fois souligné : un tribunal arbitral d'investissement ne se réunit que si l'investisseur y consent, acceptant l'offre d'arbitrage faite à l'avance par un État. En sorte qu'il n'est pas impossible, en termes contractuels, d'y voir un accord de volonté. Au surplus, il est des traités bilatéraux d'investissement (ci-après « TBI ») qui, contrairement à ce qu'avance la Cour, ne soustraient pas nécessairement à la compétence des juridictions de l'État hôte les litiges relatifs aux investissements : un TBI qui comporte une *fork*

in the road clause permet à l'investisseur un choix entre les juridictions nationales et un tribunal arbitral. Ce type de TBI montre d'ailleurs que la constitution du tribunal résulte bien d'un choix de l'investisseur, plus précisément d'une acceptation d'une offre d'arbitrage, c'est-à-dire d'un « accord spécifique reflétant l'autonomie de la volonté des parties ». L'impression que donnent les analyses un peu trop rapides pour convaincre de la Cour de justice est qu'elle ne souhaite ni s'interroger en termes contractualistes, ni en termes de droit international public, ce que la deuxième affaire ici sous commentaire montrera également. Toujours est-il qu'une sentence rendue après un arbitrage conventionnel ne saurait être une mesure étatique, et ne saurait ainsi être qualifiée d'aide d'État, et ce même si un tribunal étatique a rejeté un recours en annulation formé contre elle.

Mais l'arrêt recèle également une relecture de l'arrêt *Micula*, dont il résultait, pensait-on, qu'une sentence rendue par un tribunal d'investissement était susceptible d'être qualifiée d'aide d'État. Le point 110 de la décision sous commentaire estime pourtant que la Cour ne s'est prononcée, dans cette affaire, que sur la portée *ratione temporis* de la compétence de la Commission. Dans cette affaire *Micula*, la qualification d'aide d'État avait été retenue par la Commission alors même qu'une partie de cette aide était susceptible de relever d'une période antérieure à l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne, à une période où le pays n'était donc pas tenu de respecter le droit des aides d'État. Cette compétence *ratione temporis* avait opposé la Commission, le Tribunal et la Cour de justice, qui avait finalement jugé que la Commission pouvait exercer ses compétences pour cette période antérieure à l'adhésion de la Roumanie. La Cour précise, dans l'arrêt *Mytilinaios*, que la qualification d'aide d'État en elle-même était hors champ de sa saisine dans l'affaire *Micula*. Une telle relecture de l'arrêt *Micula*, confirmée implicitement d'ailleurs dans le second arrêt *Commission c/ Royaume-Uni*, est susceptible de laisser penser que la question pourrait être utilement discutée à l'avenir devant la Cour.

Malgré cette analyse, dans l'affaire *Commission c/ Royaume-Uni*, cet État se voit condamner par la Cour de justice pour avoir accepté de reconnaître la sentence rendue dans l'affaire *Micula*. Juridiquement, la solution n'est pas contradictoire avec la relecture faite dans le précédent arrêt : la sentence *Micula* est une aide d'État, ainsi que l'a affirmé la Commission européenne, et un État membre – ou en voie de retrait – ne saurait remettre en cause, par ses juridictions nationales, une telle analyse. Cela dit, l'hypothèse était plus complexe qu'une violation flagrante du droit de l'Union, même si la Cour affirme que la Cour suprême anglaise « a gravement porté atteinte à l'ordre juridique de l'Union » (pt 87). La question était en effet singulièrement complexe, ce qui méritait d'après la Cour de justice une question préjudicielle : un État

membre fait face à un conflit d'obligations internationales dans la situation *Micula*. D'une part, il doit respecter les obligations européennes qui lui interdisent de donner effet à une aide d'État. Mais, d'autre part, la Convention de Washington lui fait obligation de reconnaître la sentence à son article 54, et son article 64 donne d'ailleurs compétence à la Cour internationale de Justice en cas de différend entre États à propos de l'application de la Convention. Se soumettre au droit de l'Union, c'est donc violer la Convention de Washington, et inversement. Or, toute violation de cette dernière est susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'État. C'est pour éviter ce genre de conflits que l'article 351 du TFUE dispose que « les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement [à l'adhésion d'un État] entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités ». La disposition est subversive : elle permet de mettre à mal le principe de primauté de l'Union, pour éviter un engagement de la responsabilité internationale d'un État membre. C'est elle qui avait été mobilisée par la Cour suprême anglaise. Or l'affaire *Micula* ne mettait aux prises que des États membres : des investisseurs suédois, la Roumanie et l'Angleterre. C'est cette situation intra-européenne qui justifie la condamnation du Royaume-Uni. La Cour estime, en effet, qu'aucun État tiers n'était en l'espèce en droit d'exiger du Royaume-Uni l'exécution de la sentence arbitrale au titre de la Convention CIRDI si bien que cet État ne faisait pas face à un conflit d'obligations : l'obligation internationale était désactivée car aucun État tiers n'était susceptible de se

plaindre de la violation de l'article 54 de la Convention de Washington. Pour justifier l'analyse, la Cour ajoute que « [la convention CIRDI], en dépit de son caractère multilatéral, a pour objet de régir des relations bilatérales entre les parties contractantes d'une manière analogue à un traité bilatéral » (pt 75). On peut franchement s'étonner : l'analyse sur la responsabilité internationale paraît très faible. Si l'on s'en rapporte au projet de la Commission de droit international sur la responsabilité internationale des États, on lit à l'article 40 que peut être un État lésé, tout État partie à un traité multilatéral « s'il est établi : i) que le droit a été créé ou reconnu en sa faveur ; ii) que l'atteinte portée au droit par le fait d'un État affecte nécessairement la jouissance des droits ou l'exécution des obligations des autres États parties au traité multilatéral ou liés par la règle du droit international coutumier ; ou iii) que le droit a été créé ou est reconnu pour la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ». Or, il ne paraît pas tout à fait absurde de considérer que l'article 54 de la Convention CIRDI a pour objet d'établir un environnement favorable aux investissements, profitant à tous les États parties, et non aux seuls États concernés par un litige. C'est pourquoi, réduire la Convention CIRDI à une multiplicité de petits traités bilatéraux apparaît juridiquement quelque peu fragile. La question, traitée rapidement, est ainsi celle de savoir si un État partie à la Convention CIRDI pourrait engager la responsabilité de la Grande-Bretagne devant la CIJ pour n'avoir pas reconnu la sentence *Micula*. L'hypothèse est peu probable, mais la question mériterait sûrement une considération un peu plus grande de la part de la Cour de justice.

B. La responsabilité des acteurs de l'arbitrage

Responsabilité de l'arbitre et perte de chance GPL462z4

L'essentiel L'arbitre qui commet une faute dans l'exécution de sa mission ne saurait être condamné à réparer le préjudice visant à compenser la différence entre le montant de dommages-intérêts attribué par l'arbitre et le montant finalement retenu par les juges du fond.

Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2024, n° 22-22469, F-D (rejet pourvoi c/ CA Paris, 7 juin 2022) : Dalloz actualité, 21 mars 2024, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Un arbitre signe tardivement une sentence rendue dans un arbitrage interne : la sentence est annulée et la cour d'appel, statuant au fond, accorde au demandeur des dommages-intérêts d'un montant moindre à celui originellement accordé par l'arbitre. Le requérant assigne l'arbitre en responsabilité et demande des dommages-intérêts égaux à la différence entre la somme attribuée par l'arbitre, et la somme finalement retenue par les juges étatiques. La responsabilité de l'arbitre peut-elle être engagée et, si oui, à quelle hauteur ?

Sur le plan contractuel, une inexécution a été commise, qui ne se rattache pas à la fonction juridictionnelle de l'arbitre : il engage sa responsabilité contractuelle (sur

cette question, v. P. Stoffel-Munck, « La responsabilité de l'arbitre », *Rev. arb.* 2017, p. 1123). Mais, s'agissant du dommage, la Cour affirme que l'arbitre ne saurait être condamné à des dommages-intérêts d'un « montant équivalent aux condamnations annulées ». En effet, la faute de l'arbitre n'a eu pour conséquence que de faire perdre une chance que la sentence soit maintenue. C'est donc seulement une perte de chance qui est, au mieux, réparable. Or, ainsi que le rappelle la Cour, la perte de chance ne peut être réparée qu'à hauteur d'une « fraction du préjudice subi qui aurait pu être évité ». Or, demander à ce que soient prononcés des dommages-intérêts d'un montant équivalent aux condamnations annulées, c'est demander la réparation de la totalité – et non d'une fraction – du préjudice subi. Une telle demande ne saurait donc prospérer.

Mais la Cour va, en réalité, plus loin : suivant la cour d'appel, elle affirme que la demande en réparation n'était pas fondée, d'abord, parce que « le préjudice dont la réparation était sollicitée ne pouvait être qualifié de perte de chance », ensuite, parce qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre la faute et le préjudice entier subi.

On peine à suivre la Cour. Il semble falloir en comprendre que le préjudice dont la réparation était demandée ne pouvait être qualifié de perte de chance, pour la

raison précédemment avancée : le requérant demandait la condamnation de l'arbitre au paiement de dommages-intérêts d'un montant équivalent aux condamnations annulées. Ce n'est pas une perte de chance ; c'est demander la réparation du « préjudice entier subi ». Or, ce préjudice ne peut pas être réparé s'il est seulement causé par une faute imputable à l'arbitre dans l'accomplissement de sa mission contractuelle. Pourquoi ? Parce qu'il n'y a pas de lien de causalité entre la faute et ce préjudice. Vient, en effet, s'intercaler, au cas d'espèce, un autre élément qui explique la diminution des dommages-intérêts accordés. Cet élément, c'est l'appréciation souveraine des juges du fond ayant eu à statuer sur le litige, à la suite de cet arbitrage interne. En sorte que si le demandeur ne bénéficie que de dommages-intérêts moindres que ceux accordés par l'arbitre, ce n'est pas en raison de la faute de l'arbitre, mais en raison d'une appréciation différente des juges du fond. Cela dit, on pourrait estimer que si les juges du fond ont pu prononcer une telle solution, c'est parce que

(...)

Le retrait litigieux relève du seul juge de l'exécution, non du juge du contrôle de la sentence

GPL462z5

L'essentiel Après bien des péripéties quant à la recevabilité d'une demande en retrait litigieux portée devant le juge du contrôle, la Cour de cassation opère un partage chronologique : si elle est irrecevable devant le juge du contrôle de la sentence arbitrale, elle peut, semble-t-il, être entendue devant le juge de l'exécution.

Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2024, n° 22-16151, FS-B : Dalloz actualité, 21 mars 2024, obs. J. Jourdan-Marques

Note

Il aura fallu pas moins de quatre arrêts dans cette affaire pour apporter une réponse à la question suivante : la demande de retrait litigieux peut-elle être portée devant le juge du contrôle d'une sentence arbitrale ? Une réponse négative étant apportée à la question, celle-ci pourrait, cependant, trouver des ramifications contentieuses devant le juge de l'exécution.

Après le prononcé d'une sentence arbitrale, le créancier avait cédé ses créances à un cessionnaire qui en demandait l'*exequatur* en France. Devant le juge d'appel, le débiteur formait une demande de retrait litigieux, espérant s'en sortir à bons comptes en payant le prix payé par le cessionnaire pour racheter la créance. La question essentielle était celle de savoir si une telle demande était possible devant le juge du contrôle. Or, si la cour d'appel premièrement saisie⁽¹⁾, et la Cour de cassation dans une

la sentence a été annulée par la faute de l'arbitre. Certes, mais il faut ici sûrement aussi composer avec les théories ayant cours en droit de la responsabilité civile. Et lorsqu'il y a une rupture du lien de causalité, par un élément venant s'intercaler entre la faute et le dommage, il arrive que la Cour refuse de tenir la faute pour cause du dommage. Il n'en demeure pas moins qu'il pourrait peut-être exister un lien de causalité entre la faute et le préjudice résultant de la perte de chance de bénéficier d'une sentence qui nous est favorable. La Cour a déjà retenu, dans des cas certes distincts, l'existence d'une perte de chance de bénéficier d'une décision plus favorable, notamment lorsqu'est mise en jeu la responsabilité d'un avocat (Cass. 1^{re} civ., 19 sept. 2007, n° 05-15139). Et la tournure à notre avis ambiguë de la formule ici retenue ne permet pas d'exclure que ce préjudice soit, dans l'arbitrage interne, réparable par principe. L'arrêt peut tout aussi bien s'expliquer par la confusion faite par le demandeur entre perte de chance et réparation de l'entier dommage subi.

première décision⁽²⁾ s'étaient opposées – la première estimant la demande impossible, la seconde la jugeant possible – la cour d'appel de renvoi s'était engagée dans une voie peu claire⁽³⁾. Son raisonnement semblait maintenir la solution de la première décision d'appel, en affirmant que les griefs de l'article 1520 du Code de procédure civile étant limitatifs, la demande de retrait litigieux n'était pas possible, avant de conclure au « mal-fondé » de la demande⁽⁴⁾. Tentant de ne pas s'opposer frontalement à la Cour de cassation, la cour d'appel s'engageait donc dans une voie médiane. Elle aurait mieux fait de persévérer en jugeant irrecevable la demande, car c'est ce que finit par dire la Cour de cassation, revirant donc dans la même affaire sur la solution qu'elle avait donnée en 2018, et en relevant d'office le moyen. Elle juge ainsi que le juge du contrôle n'a pas de « pouvoir juridictionnel » pour trancher une demande de retrait litigieux, si bien que celle-ci doit être jugée irrecevable. La demande ne peut pas même être examinée par le juge du contrôle : elle est irrecevable en raison d'une fin de non-recevoir tirée du défaut de pouvoir juridictionnel du juge du contrôle. La

(2) Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2018, n° 16-22112 : Dalloz actualité, 20 mars 2018, obs. J.-D. Pellier ; D. 2018, p. 516 ; D. 2018, p. 1934, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; D. 2018, p. 2448, obs. T. Clay ; AJ Contrat 2018, p. 187, obs. J. Jourdan-Marques ; Rev. crit. DIP 2018, p. 862, note H. Muir Watt ; RTD civ. 2018, p. 411, obs. H. Barbier ; RTD civ. 2018, p. 431, obs. P.-Y. Gautier ; Rev. arb. 2018, p. 389, note M. Laazouzi ; Procédures 2018, comm. 148, obs. L. Weiller ; JCP G 2018, 1111, note P. Casson ; RDC sept. 2018, n° RDC115k7, note R. Libchaber ; JDI 2018, comm. 19, p. 1202, note P. Pinsolle ; GPL 24 juill. 2018, n° GPL329j5.

(3) CA Paris, 7 déc. 2021, n°s 18/10217 et 18/10220 : Dalloz actualité, 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2022, p. 1773, obs. L. d'Avout et a. ; JCP E 2022, 1241, obs. F. Mailhé ; GPL 3 mai 2022, n° GPL435e9, obs. L. Larrivière.

(4) Sur quoi, v. not. F. Mailhé, obs. ss CA Paris, 7 déc. 2021, n°s 18/10217 et 18/10220, JCP E 2022, 1241.

(1) CA Paris, 12 avr. 2016, n° 11/20732 : GPL 12 juill. 2016, n° GPL270b3, obs. D. Bensaude.

cassation est ainsi encourue en raison d'une erreur sur la sanction adéquate.

Mais si la demande est irrecevable devant le juge du contrôle, il ne semble pas en aller de même devant le juge de l'exécution. C'est donc un partage chronologique du pouvoir juridictionnel qui est ici dressé : au juge du contrôle le contrôle de la « validité de la sentence » (n° 15) ; au juge de l'exécution, les difficultés liées à l'exécution, notamment l'incidence sur la créance d'un retrait litigieux (n° 20). Ainsi qu'on l'a déjà dit⁽⁵⁾, se poseront néanmoins de nouvelles difficultés devant le juge de l'exécution : *quid* de l'effet négatif du principe de compétence-compétence ? *Quid* de la loi applicable au retrait litigieux en perspective internationale ?

Mais au-delà de ces difficultés que la présente affaire nous donnera sûrement bientôt à voir, les justifications apportées par la Cour de cassation pour appuyer sa solution apparaissent de grand intérêt. La Cour tente, en effet, à la fois d'expliquer sa solution de 2018 et sa nouvelle solution, les deux étant pourtant contradictoires. Pour la première fois, nous semble-t-il, la Cour affirme que la solution de 2018, qui visait à rendre recevable la demande de retrait, « poursuivait un objectif de concentration des demandes tendant à faire obstacle à l'exécution de la sentence devant le juge du contrôle ». Or, cet objectif de concentration des demandes, à la différence de celui de concentration des moyens, n'est que rarement reconnu par la Cour de cassation : la charge lourde qu'il fait peser sur les parties la conduit à reculer en droit commun. Mais

en droit de l'arbitrage, cet objectif a déjà pu être reconnu pour éviter une multiplication des instances arbitrales et post-arbitrales. Cependant, le droit de l'arbitrage ne peut fonctionner en vase clos, ce que deux autres arguments venant contredire cet objectif montrent : d'abord, depuis quelque temps, la Cour de cassation considère nettement que la procédure d'*exequatur* n'est pas, en tant que telle, une procédure d'exécution forcée, mais est « préalable » à celle-ci (n° 16). Ensuite, le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, et la Cour vient d'affirmer qu'une demande de retrait litigieux pouvait être formée à l'occasion d'une demande en mainlevée d'une saisie-attribution. Ce sont ces deux arguments qui justifient la solution. On ne peut les comprendre qu'à une condition : la sentence fait comme écran vis-à-vis de la créance originelle, en sorte que la demande de retrait litigieux vise directement la sentence en tant que titre exécutoire. Le retrait litigieux ne vise pas à attaquer la créance « sous-jacente », celle qui a occasionné le litige : c'est la créance telle que constatée dans la sentence qui fait l'objet de la demande de retrait litigieux, en sorte qu'elle apparaît comme un problème d'exécution de la sentence.

C'est donc le juge de l'exécution qui est exclusivement compétent, ou faudrait-il mieux dire, qui a pouvoir juridictionnel pour l'entendre : les logiques du droit judiciaire privé viennent ici perturber celles du droit de l'arbitrage international.

(5) L. Larrivière, obs. ss CA Paris, 7 déc. 2021, n°s 18/10217 et 18/10220, GPL 3 mai 2022, n° GPL435e9.

[...]